

**N° 6595<sup>1</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session extraordinaire 2013-2014

**PROJET DE LOI****relative à la fondation patrimoniale et portant modification:**

- **de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;**
- **de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune;**
- **de la loi modifiée du 1er décembre 1936 sur l'impôt commercial;**
- **de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés**

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(29.4.2014)

Par dépêche du 9 septembre 2013, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi qu'une fiche financière.

Aucun avis d'une chambre professionnelle n'est à ce jour parvenu au Conseil d'Etat.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

La fondation patrimoniale est destinée à être une entité juridique *sui generis* d'inspiration purement luxembourgeoise en ce sens qu'elle ne découle pas d'une initiative européenne, mais en même temps un véhicule destiné à positionner la place du Luxembourg en rang utile parmi des institutions similaires existant dans d'autres juridictions de l'Union européenne, voire de l'OCDE.

La nouvelle „fondation“ ne sera fondation que par sa dénomination, au sens qu'elle n'entretient aucun lien juridique avec le type de véhicule prévu par la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif.

Il ressort du texte même du projet, comme de l'exposé des motifs, que le nouveau véhicule ne s'apparente à aucun instrument juridique actuellement connu du droit luxembourgeois. Ni association, ni fondation au sens connu jusqu'ici par le droit luxembourgeois, ni contrat, il n'est pas société non plus. Ce statut a certes le charme de l'innovation, mais il serait utile de déterminer du moins s'il s'agit d'une institution de droit privé ou de droit public. On peut déduire de certaines références à la compétence juridictionnelle, par exemple en cas de liquidation d'une fondation patrimoniale, que celle-ci est à ranger dans le droit privé, mais une déclaration expresse dans ce sens dans les articles introductifs du projet pourrait s'avérer utile. Le Conseil d'Etat souligne d'ailleurs qu'à ses yeux il doit bien s'agir d'une entité de droit privé. A titre d'observation introductive de fond, le Conseil d'Etat recommande dès lors d'écrire expressément dans le texte du projet que la nouvelle forme de fondation est un véhicule de droit privé, régi par les dispositions applicables du droit luxembourgeois pour autant qu'il n'est pas disposé autrement par le projet sous avis. En plus de ce caractère supplétif du droit commun, les dispositions d'ordre public applicables de cas en cas devront primer en toute hypothèse.

Les auteurs du projet précisent que les dispositions du projet sont conformes aux exigences internationales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de transparence fiscale. Le Conseil d'Etat souligne l'importance de cette conformité alors qu'il s'agit de doter l'arsenal juridique luxembourgeois d'un véhicule utile aux clients intéressés et respectueux des exigences de gouvernance caractérisant une place financière moderne.

Ils soulignent également que l'objectif du projet est de faciliter la structuration et la planification patrimoniale et successorale à l'instar de véhicules existant dans d'autres ordres juridiques.

Si les auteurs du projet exposent les différents buts que la fondation patrimoniale peut poursuivre, une question fondamentale reste ouverte: il n'est dit nulle part de quelle manière sera assuré que les dispositions d'ordre public en matière de réserve héréditaire sont respectées, sachant que ces dernières dépendent largement du statut personnel du ou des fondateurs, autrement dit de sa loi nationale. Il est d'autant moins précisé quelles seraient les conséquences d'un tel non-respect. Certes, l'article 7 du projet sous revue déclare qu'une fondation patrimoniale peut être „prononcée nulle“ entre autres si l'objet de la fondation patrimoniale est illicite ou contraire à l'ordre public, mais aux yeux du Conseil d'Etat, cette disposition ne vise pas les règles en matière de réserve et de quotité disponible.

En effet, dans la mesure où le respect des dispositions d'ordre public en matière de droit successoral ne peut en principe pas s'apprécier *ab initio*, mais seulement lors des distributions aux bénéficiaires de la fondation, une violation ne saurait entraîner la nullité de la fondation elle-même, mais devrait être sanctionnée par un droit de recours de la part des personnes lésées. Le Conseil d'Etat recommande de préciser cela dans le projet.

Le même type de question se pose d'ailleurs quant au respect des droits d'autres personnes protégées par des dispositions spécifiques de droit civil, notamment en ce qui concerne les personnes divorcées et les droits des enfants mineurs ainsi que les droits des créanciers lors d'une procédure de liquidation judiciaire. Le Conseil d'Etat recommande dès lors d'emblée de clarifier cet aspect important du régime du nouveau véhicule. Comme la fondation patrimoniale est destinée à répondre à de multiples besoins tant au Luxembourg que dans un contexte international, le risque existe que cet instrument soit utilisé pour donner des avantages illégaux, ou du moins illégitimes, à un ou plusieurs fondateurs ou bénéficiaires. Aussi convient-il d'inclure dans le projet de loi des dispositions destinées à éviter des dérives susceptibles de porter ombrage à un instrument juridique légitime en soi.

Dans le même ordre d'idées, il est essentiel qu'en cas de besoin, toutes les informations sur l'identité du ou des fondateur(s), du ou des bénéficiaire(s), et toutes autres personnes liées à la fondation et qui peuvent se retrouver dans le champ d'application des règles dites „*know your customer*“, soient disponibles et accessibles aux personnes et autorités ayant un intérêt légitime, voire une obligation à les connaître, comme notamment la banque teneur de compte, le domiciliataire, le notaire instrumentant et, le cas échéant, les autorités judiciaires, voire fiscales ayant la compétence requise pour accéder ou requérir ces informations.

Enfin, toujours à titre introductif, le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet se sont efforcés d'assurer une certaine neutralité fiscale en ce qui concerne le traitement d'éléments patrimoniaux placés dans une fondation patrimoniale et ceux qui sont transférés d'après le droit commun à titre de legs ou de donation. Le projet de loi traite en effet les fondations patrimoniales comme des personnes autonomes soumises à la fiscalité directe et indirecte suivant des règles spécifiques.

En ce qui concerne les contribuables résidents, ce statut fiscal vise à établir un traitement fiscal plus ou moins comparable avec celui qui serait applicable aux actifs transférés par le fondateur à un ou plusieurs bénéficiaires, et aux revenus afférents, en l'absence de fondation patrimoniale. En ce qui concerne les contribuables non résidents intervenant comme fondateurs ou bénéficiaires, leur statut sera en principe déterminé par le droit fiscal appliqué par leur Etat de résidence. Le Conseil d'Etat reviendra sur certaines spécificités du régime fiscal particulier créé pour les fondations patrimoniales dans le cadre du commentaire des articles.

La loi en projet introduit également un avantage fiscal indépendant des fondations patrimoniales en faveur des personnes physiques non résidentes qui élisent domicile au Luxembourg: si ces personnes détiennent une participation importante au moment de leur transfert de résidence fiscale, et qu'elles réalisent par la suite une plus-value de cession sur une telle participation, alors l'imposition de la plus-value est limitée à l'accroissement de valeur intervenu pendant la période de résidence au Luxembourg. Des dispositions comparables existent d'ailleurs également dans plusieurs autres Etats membres de l'Union européenne ou de l'OCDE, pays dont le droit fiscal vise à proposer une fiscalité attractive aux

personnes fortunées. Il est à noter que la règle symétrique n'est pas prévue lorsqu'un contribuable ayant la qualité de personne physique résidente transfère son domicile fiscal à l'étranger: dans une telle hypothèse, l'accroissement de valeur intervenu pendant la durée de résidence du contribuable n'est pas déterminé au moment du transfert de résidence, et dans l'hypothèse où ce contribuable réalise ces plus-values après son départ, le Luxembourg renonce en fait à son droit d'imposition de ces plus-values<sup>1</sup>. Ce traitement fiscal asymétrique est en faveur du contribuable, à l'instar d'autres Etats membres de l'Union européenne ou de l'OCDE.

Si le projet de loi vise essentiellement le statut d'une fondation patrimoniale au sens de la loi en projet, il convient néanmoins de s'interroger sur le traitement fiscal applicable à une fondation comparable de droit étranger, dans l'hypothèse où une telle fondation comporte des points de rattachement à la fiscalité luxembourgeoise. En ce qui concerne les droits d'enregistrement, la loi en projet dispose que les règles prévues s'appliquent de façon correspondante aux fondations comparables régies par un droit étranger. La loi en projet ne comporte pas de disposition explicite au sujet de l'impôt sur le revenu applicable aux fondations de droit étranger. Il est vrai que l'article 12 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 établit une règle de transparence fiscale applicable spécifiquement aux fondations de droit étranger. L'interaction entre cette disposition ancienne et la loi en projet aurait comme conséquence que les actifs gérés par des fondations de droit étranger, et les revenus afférents, seraient soumis à un traitement fiscal différent, et le cas échéant moins favorable, que les fondations patrimoniales au sens de la loi en projet. Comme une telle situation risquerait d'être en conflit avec le droit européen, le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à abroger l'article 12 précité et à le remplacer par des dispositions nouvelles, à insérer dans la loi en projet.

\*

## EXAMEN DES ARTICLES

### *Observation générale*

Quant à la légistique formelle, le Conseil d'Etat relève que, dans un texte de loi, l'emploi de tirets est à éviter, la référence aux dispositions qu'ils introduisent étant malaisée, tout spécialement à la suite d'ajouts ou de suppressions de tirets ou de signes à l'occasion de modifications ultérieures. Lorsqu'il s'agit d'une énumération, il y a lieu de remplacer ces tirets par des points énumératifs, caractérisés par un numéro suivi d'un point (1., 2., 3., ...) ou en utilisant des lettres minuscules suivies d'une parenthèse fermante (a), b), c), ...). L'observation vaut pour les articles 6, paragraphe 1er, 7, 9, paragraphe 1er, 10, 12, paragraphe 3, 23, 26, paragraphe 3 et 28.

Ensuite, le groupement usuel d'articles se fait en chapitres, et non pas en titres. Comme il est recouru à la seule subdivision en chapitres, ceux-ci sont numérotés en chiffres cardinaux arabes. L'ensemble de la loi en projet est à revoir.

### *Titre I (Chapitre 1er selon le Conseil d'Etat)*

#### *Article 1er*

Cet article appelle trois ordres d'observations. En premier lieu, le Conseil d'Etat recommande de préciser, voire définir la notion d'entité patrimoniale dans le texte même du projet, à l'instar de la loi du 21 décembre 2012 relative à l'activité de Family Office<sup>2</sup>. En effet, le commentaire des articles livre quelques précisions sur ce qu'il faut entendre par là, mais elles ne sont aux yeux du Conseil d'Etat pas suffisamment précises s'agissant d'une des hypothèses pour être fondateur du nouveau véhicule. A supposer que la définition soit la même que dans la loi précitée, le Conseil d'Etat recommande de la reprendre expressément dans le projet sous avis.

<sup>1</sup> Les dispositions relatives à l'imposition des non-résidents inscrites à l'article 156 LIR prévoient certes que certaines plus-values réalisées par des contribuables ayant transféré leur résidence fiscale à l'étranger sont imposables au Luxembourg, mais en pratique ces dispositions sont en général écartées par les conventions fiscales conclues par le Luxembourg avec le nouvel Etat de résidence du contribuable.

<sup>2</sup> Mémorial A – n° 274 du 28 décembre 2012. L'article 1er, b) définit l'entité patrimoniale comme suit: „toute structure sociétaire, contractuelle, fondation ou trust qui appartient directement ou indirectement à une seule personne physique ou à une seule famille ou dont elles sont fondatrices ou bénéficiaires“.

En deuxième lieu, une des caractéristiques principales distinguant la fondation patrimoniale de la fiducie est que la première dispose de la personnalité juridique en tant que véhicule, alors que les derniers créent un patrimoine d'affectation certes séparé du reste de la masse patrimoniale du constituant, et donc à l'abri de procédures collectives ou de saisies contre le constituant, sans pour autant disposer d'une personnalité juridique à part.

Enfin, le Conseil ne voit pas trop quel est l'intérêt de prévoir la naissance de la personnalité juridique à un moment autre que celui de la signature de l'acte constitutif. Notamment, quels seraient le sort et le statut juridique de biens apportés entre l'acte constitutif et une acquisition retardée de la personnalité juridique du véhicule, d'ailleurs que celle-ci vienne effectivement à naître par la suite ou non? En l'absence d'explications convaincantes, le bout de phrase „sauf si cet acte désigne une époque ultérieure“ est ainsi à supprimer.

Le Conseil d'Etat recommande par ailleurs de préciser à cet endroit que la fondation patrimoniale ne peut pas être créée *propter mortem*, c'est-à-dire par disposition testamentaire ne prenant effet qu'au décès du fondateur. Il devrait s'agir d'une disposition d'ordre public dont le non-respect serait frappé par la nullité de la fondation.

#### *Article 2*

Le Conseil d'Etat observe que le verbe „pouvoir“ est à utiliser avec circonspection dans un texte de loi. Il propose de rédiger l'article comme suit:

„**Art. 2.** La durée de la fondation patrimoniale est indéterminée ou déterminée“.

#### *Article 3*

Sans observation.

#### *Article 4*

Quant à l'utilisation du verbe „pouvoir“ au paragraphe 1er, il est renvoyé à l'observation sous l'article 2.

On note par ailleurs que la dotation initiale doit être d'une valeur de 50.000 euros au moins, mais qu'il n'y a pas de conséquences si cette valeur venait à baisser en cours de vie de la fondation patrimoniale, notamment en cas de dotations en nature, de devises ou de valeurs mobilières.

#### *Article 5*

Afin de tenir compte des réflexions exposées au commentaire des articles, et qui font plein sens, à savoir que le but premier de la constitution d'une fondation patrimoniale doit être autre que ceux régissant la constitution d'associations sans but lucratif et de fondations au sens de la loi de 1928 précitée, tout en pouvant accessoirement inclure de telles activités, le Conseil d'Etat attire l'attention sur une erreur logique dans la rédaction du texte de l'article: en effet, les buts visés ne sont pas „exclusivement réservés“ aux véhicules régis par la loi de 1928 précitée – en effet une société commerciale peut aussi et accessoirement exercer des activités philanthropiques et culturelles, par exemple – mais il s'agit de ne pas constituer la fondation patrimoniale exclusivement dans un de ces buts. Il convient dès lors de dire: „... ou au profit d'un ou de plusieurs buts principaux autres que ceux réservés aux fondations ...“. Ceci correspond d'ailleurs à ce qui est énoncé dans l'exposé des motifs.

#### *Article 6*

Sans observation.

#### *Articles 7 et 8 (8 et 9 selon le Conseil d'Etat)*

Ces articles énoncent les causes et le régime de nullité d'une fondation patrimoniale, le tout calqué sur la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Le Conseil d'Etat rappelle son observation quant à la nullité d'une fondation constituée *propter mortem*.

Le Conseil d'Etat se doit par ailleurs de revenir sur la nécessité de définir plus clairement la notion d'entité patrimoniale, alors que l'existence et l'identification d'au moins un fondateur valablement engage est une condition de validité du véhicule.

Quant à la légistique formelle, le renvoi aux paragraphes se fait sans l'utilisation de parenthèses. Le renvoi au premier paragraphe d'un article s'opère en écrivant „paragraphe 1er“. L'ensemble de l'article 8 est à revoir.

*Article 9 (10 selon le Conseil d'Etat)*

En ce qui concerne la publication de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale ainsi que des modifications à cet acte par extraits au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations, le Conseil d'Etat renvoie au projet de loi portant réforme du régime de publication légale relatif aux sociétés et associations (doc. parl. n° 6624) qui prévoit de remplacer le Mémorial C par une publication sur une plate-forme électronique. Le texte de l'article sous examen serait à adapter le cas échéant.

*Article 10 (7 selon le Conseil d'Etat)*

Cet article énonce une série non limitative de dispositions qui peuvent être inscrites dans l'acte constitutif d'une fondation patrimoniale, dans la mesure où elles peuvent être utiles en fonction des spécificités du véhicule individuel concerné. D'après le Conseil d'Etat, l'article est, le cas échéant, superfétatoire dans la mesure où les dispositions sont de nature purement exemplative, ce qui leur enlève toute valeur normative. En tout état de cause, il convient d'écrire expressément que les règlements statutaires ne peuvent en aucun cas déroger aux statuts du véhicule. Par ailleurs, ils ne sont opposables qu'aux personnes qui ont pu ou dû en avoir connaissance.

*Article 11*

D'après cet article, „les droits du fondateur visés aux titres II à V de la loi lui sont personnels, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale“.

En premier lieu, cette disposition figurerait mieux dans les titres concernés, ou de manière générale à leur suite, à supposer qu'elle ne soit pas superfétatoire, alors que bon nombre des articles concernés la reprennent explicitement.

Ensuite, le Conseil d'Etat se demande quelle est la conséquence de la nature „personnelle“ de ces droits? En partant de l'hypothèse que la qualité de fondateur ne saurait en elle-même être ni cessible, ni transférable à des ayants droit, il convient de définir plus clairement et de circonscrire la nature „personnelle“ de ces droits. Que veut dire dans cette optique „sauf stipulation contraire“? Quelle en est la portée notamment par rapport aux héritiers qui, à admettre que les droits „personnels“ sont de nature *intuitu personae* et donc non transférables, ne peuvent pas reprendre ces droits?

Enfin, et quant au fond, la plupart des droits comprennent une ou plusieurs obligations correspondantes parfois dans le chef du même titulaire, de sorte qu'une précision explicite en ce sens pourrait être utile dans la mesure où le transfert concerné n'est pas contraire à l'ordre public.

*Article 12*

En énumérant au paragraphe 1er les actifs qu'une fondation patrimoniale peut détenir, le projet sous avis mentionne les „fondations patrimoniales privées ou publiques“ dont une fondation patrimoniale peut être fondateur ou bénéficiaire. Le Conseil d'Etat propose de supprimer les termes „privées ou publiques“, alors qu'en droit luxembourgeois, la fondation patrimoniale est nécessairement privée et que la notion sans précision inclut aussi des véhicules publics s'ils devaient exister dans le droit d'un autre régime juridique. Cette première phrase de l'article 12 soulève cependant encore une autre interrogation, à savoir si on peut imaginer des structures de „fondations de fondations“, à l'instar de fonds de fonds. Quel serait le but d'une telle structure, quelles en seraient les conséquences juridiques?

Ensuite, le projet fait référence au trust, alors qu'une fiducie, de droit luxembourgeois notamment, n'est pas visée.

A moins d'entendre la notion de trust dans un sens générique, ce qui serait de mauvaise technique juridique, il convient d'être explicite et complet sur ce point.

Le Conseil d'Etat regrette de toute façon le recours au terme „notamment“ pour lancer la liste non exhaustive des détentions et participations accessibles à une fondation patrimoniale, d'autant plus que le commentaire des articles est quant à lui beaucoup plus explicite.

Les autres paragraphes de l'article 12 traitent de l'émission de certificats. A titre préliminaire, il convient de noter que l'émission de tels certificats n'est pas nécessaire pour procurer des fruits ou revenus aux bénéficiaires. Il serait cependant curieux, si dans une même fondation, certains bénéfi-

ciaires disposaient de certificats, d'autres non. A la lecture combinée des articles 10 et 12, il appert d'ailleurs qu'une fondation doit pouvoir commencer à émettre des certificats à tout moment de son existence, sur base de la loi même (article 12), et sans qu'il soit besoin de le prévoir au préalable ni dans les statuts, ni dans le règlement extrastatutaire.

Vu que la cession peut se faire uniquement dans les conditions du paragraphe 6, les titulaires sont à tout moment connus ou „connaissables“, ce qui répond aux exigences en matière de transparence et de traçabilité, y compris dans une optique où tous les titres de société devraient être nominatifs ou enregistrés.

La cession n'opère d'ailleurs que transfert d'un droit de créance, donc d'un droit personnel, étant donné que le paragraphe 4 précise que la fondation conserve la propriété des actifs certifiés. Il n'y a donc pas transfert de droits réels et la question d'un éventuel démembrement du droit de propriété ne se pose pas.

## *Titre II (Chapitre 2 selon le Conseil d'Etat)*

### *Articles 13 à 22*

Ces articles relatifs à la gouvernance de la fondation patrimoniale étant tous étroitement interconnectés, il convient de les analyser ensemble.

A l'article 13, paragraphe 1er, il serait utile d'ajouter *in fine* „dans les conditions des articles 18 et suivants ci-après“. Le Conseil d'Etat recommande par ailleurs de dire que „la fondation patrimoniale est gérée par un conseil d'administration, comprenant un ou plusieurs administrateurs, ... Le Conseil d'administration peut être placé sous ...“.

D'une manière générale, et à plusieurs endroits du texte, la notion d'„administrateurs“ est à remplacer par celle de „conseil d'administration“, sauf dans les cas où des administrateurs individuels sont visés.

A l'article 14, il n'est pas clair quelle est la suite logique des „à défaut“ y énoncés. De l'avis du Conseil d'Etat, les trois hypothèses de défaut se rapportent toutes et à niveau égal aux dispositions des alinéas 1er et 2, et ne constituent pas des niveaux de défaut subséquents entre eux. Dès lors, il conviendrait de regrouper les alinéas 1er et 2 dans un paragraphe 1er, les trois défauts dans un paragraphe 2, suivi d'un paragraphe 3 comprenant le seul alinéa 6 actuel. A l'intérieur du paragraphe 2, il conviendrait d'énoncer une seule fois „à défaut“ et de faire suivre les trois hypothèses.

A l'article 16, à la dernière ligne du paragraphe 1er, tout comme au paragraphe 2, il convient de parler de „le ou les fondateur(s)“. La même observation s'applique à l'article 19, paragraphe 2, troisième et dernier alinéas. Pour ce qui est des dispositions énonçant le droit de lancer une action en justice, il est d'ailleurs préférable de dire „un ou plusieurs“ au lieu de „le ou les“, afin d'éviter, en cas de pluralité de personnes d'une même catégorie, comme notamment les fondateurs, elles doivent toutes se joindre à l'action afin de lui donner effet.

A l'article 17, le Conseil d'Etat se demande qui sont les „préposés ou autres organes ou personnes“ qui représentent la fondation.

A l'article 18, tout comme aux articles 19 et 22, il convient de préciser s'il suffit que le seuil de 20 millions d'euros soit franchi à la constitution, ou bien s'il faut suivre cette évolution tout au cours de la vie du véhicule pour en tirer le cas échéant les conséquences découlant des articles 18, 19 et 22. Il convient d'ailleurs de préciser par qui et selon quelles modalités ces évaluations sont opérées.

A l'article 19, paragraphe 1er *in fine*, il convient d'ajouter „ou de représentant permanent d'un administrateur personne morale“.

Egalement à l'article 19, paragraphe 2 relatif aux membres du conseil de surveillance, et en comparaison avec l'article 16, paragraphe 1er, qui énonce les dispositions correspondantes pour les administrateurs, on constate une divergence dans la présentation. En effet, pour les administrateurs, est constitué en paragraphe 2 à part la même disposition qui ne fait que l'objet d'un alinéa pour les membres du conseil de surveillance. Le Conseil d'Etat recommande d'harmoniser les deux présentations et de procéder le cas échéant à une réorganisation interne des deux articles.

Par ailleurs, et toujours concernant les deux mêmes dispositions, il est conseillé de mettre „sauf stipulation“ au singulier, afin d'éviter de songer à l'exigence de plus d'une stipulation pour lui donner l'effet voulu.

Enfin, à l'article 19, paragraphe 3, et dans l'hypothèse que la disposition joue si un des deux critères est dépassé, et non pas si aucun des deux critères n'est dépassé, il convient de dire „qui remplissent un seul des deux critères définis à l'article 18“.

Quant à l'utilisation du verbe „pouvoir“ aux articles sous examen, il est renvoyé à l'observation sous l'article 2.

### *Titre III (Chapitre 3 selon le Conseil d'Etat)*

Les articles 23 et 24 du titre III concernent les modifications de documents constitutifs. Il convient de retenir comme principe général qu'il faut respecter le parallélisme des formes pour ce qui est de ces modifications.

#### *Article 23*

A l'article 23, et comme déjà invoqué ci-dessus, le Conseil d'Etat observe que le verbe „pouvoir“, tout comme le terme „notamment“ à l'alinéa 2 doivent être utilisés avec circonspection. Leur utilisation est en effet susceptible de faire naître dans certains cas une insécurité juridique, voire l'arbitraire. En l'occurrence, ces termes pourraient laisser entendre que le fondateur puisse agir ou compléter le texte législatif à sa guise.

L'article 23 permet par ailleurs au fondateur de modifier le régime de responsabilité des administrateurs. Dans la mesure où, en matière de régimes de responsabilité, de nombreuses dispositions sont d'ordre public, la latitude devrait être limitée.

Le tiret qui suit est à compléter par la précision „sauf obligation légale d'instituer un conseil de surveillance“.

#### *Article 24*

A l'article 24, alinéa 2, 4e ligne avant la fin, il convient de dire „dans l'impossibilité de réalisation soit de l'objet de la fondation patrimoniale, soit d'absence de but ou de bénéficiaires déterminés ou déterminables“, alors que sur base de l'article 5 du projet, une fondation patrimoniale doit avoir un objet et un/des bénéficiaire(s) ou un/plusieurs but(s).

Enfin, à l'article 24, alinéa 2, avant-dernière ligne, tout comme à l'alinéa 3 qui suit, il faut préciser „sur proposition unanime de tous les membres du conseil de surveillance“, afin d'exclure le cas où chaque membre aura fait une proposition, mais que celles-ci soient divergentes.

### *Titres IV à VI (Chapitres 4, 5 et 6 selon le Conseil d'Etat)*

#### *Articles 25 et 26*

L'article 25 dispose que la fondation patrimoniale a un caractère civil et n'acquiert pas la qualité de commerçant. Cette clarification est cohérente par rapport à la définition de l'objet inscrite à l'article 5, qui exclut toute activité commerciale. Il est d'autant plus surprenant que l'article 36 soumet les fondations patrimoniales à l'impôt commercial communal. Le commentaire des articles précise d'ailleurs que „la fondation patrimoniale est toujours considérée comme entreprise commerciale pour l'ensemble de ses activités“. De même, l'article 34, paragraphe 8 dispose que les revenus d'une fondation patrimoniale sont toujours à considérer comme un bénéfice commercial. Le Conseil d'Etat a des difficultés à admettre ces qualifications alors que le Code fiscal définit le bénéfice commercial dans des termes comparables au Code de commerce. Le droit fiscal ne gagne pas en cohérence lorsque le législateur confère à certaines activités, et à certaines catégories de revenus, des qualifications contraires à leur nature.

Sur le plan formel, il y a lieu de mentionner à l'article 26 du projet l'intitulé de la loi modifiée du 19 décembre 2002 de manière complète pour écrire „loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises“<sup>3</sup>.

Ensuite, le Conseil d'Etat rappelle que le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure ne respecte pas le principe de la hiérarchie des normes, qui interdit de se référer dans une norme à des sources de droit d'un niveau inférieur. En opérant un tel renvoi, se pose en effet la question de savoir si l'autorité dont émane l'acte référé pourra encore le modifier ou l'abroger ultérieurement. Le renvoi à un acte normatif inférieur doit donc, en principe, se limiter à indiquer la nature de cet acte. En l'occurrence, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition selon laquelle la loi en projet renvoie au règlement grand-ducal du 29 juin 1984 déterminant le schéma, selon lequel les sociétés de partici-

<sup>3</sup> Article 105 de la loi relatif à l'intitulé abrégé.

pation financière doivent établir leurs comptes annuels. Il y a lieu de se référer au „règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 31 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises“.

Le Conseil d'Etat observe encore que l'article 26 utilise à plusieurs reprises la notion „d'administrateurs“, alors qu'il conviendrait de faire référence au conseil d'administration.

Quant au fond, en vertu de l'article 26, la fondation patrimoniale établit ses comptes suivant le schéma défini par le règlement grand-ducal du 29 juin 1984 déterminant le schéma selon lequel les sociétés de participation financière doivent établir leurs comptes annuels. Ce schéma particulier avait été introduit à l'époque pour tenir compte du contexte particulier des sociétés dites „holding“ basées sur la loi modifiée du 31 juillet 1929, entretemps abolie. Dans ce contexte, le schéma poursuit trois objectifs:

- Comme les sociétés holding avaient un objet social très restrictif et que leur politique d'investissement était strictement encadrée par la loi, le schéma simplifie amplement les rubriques du bilan et du compte de pertes et profits.
- Comme les sociétés holding étaient soumises à un impôt spécifique, à savoir la taxe d'abonnement, le schéma présente les comptes avec des rubriques permettant un calcul aisé de la base imposable.
- Comme les sociétés holding évoluaient historiquement dans un contexte particulier, marqué par la recherche d'une grande discrétion, le schéma des comptes annuels visait à limiter au strict minimum la présentation des informations financières.

Le rapprochement des fondations patrimoniales avec les anciennes sociétés holding peut surprendre alors que le schéma des comptes annuels prévu au règlement grand-ducal du 29 juin 1984 semble tomber en désuétude depuis l'abolition du régime des sociétés holding. Il convient d'ailleurs de noter que les sociétés de participation financière dites „soparfi“ établissent et publient leurs comptes annuels suivant le schéma standard des sociétés commerciales. Aussi le Conseil d'Etat s'interroge-t-il sur les raisons pour lesquelles les auteurs de la loi en projet jugent ce schéma particulièrement adapté aux besoins d'information des destinataires des comptes annuels.

Les comptes annuels sont préparés par le conseil d'administration de la fondation, sans que la loi en projet ne fixe de délai pour l'adoption des comptes annuels. La loi en projet n'impose pas l'obligation de faire vérifier les comptes annuels par un réviseur d'entreprises agréé. Les comptes annuels ne doivent pas être déposés au registre de commerce et des sociétés. Alors que les comptes annuels se composent traditionnellement du bilan, du compte de pertes et profits et d'une annexe expliquant les méthodes d'évaluation et présentant des informations financières complémentaires, les fondations patrimoniales sont dispensées de l'établissement d'une telle annexe.

Le commentaire des articles motive cette approche minimaliste par „des raisons de protection de la vie privée“. Le Conseil d'Etat ignore si cette approche se retrouve également, dans la même mesure, dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ayant une législation spécifique sur les fondations patrimoniales. Il appartiendra au Gouvernement et aux acteurs économiques concernés de faire en sorte à éviter des interprétations négatives des dispositions afférentes dans le contexte financier international marqué par un souci de transparence financière.

#### *Articles 27 et 31*

Le Conseil d'Etat examine ensemble ces deux articles, alors qu'il convient de les lire conjointement. Ils introduisent en effet tous deux des sanctions, civiles pour l'article 27, pénales pour l'article 31.

Le texte de l'article 27 est dans son état actuel incohérent alors qu'il ne ressort pas du paragraphe 2 s'il y a lieu de faire une distinction entre le non-respect du paragraphe 1er, alinéa 1er et celui du paragraphe 1er, alinéa 2. A l'intérieur du paragraphe 1er, alinéa 1er, la fondation patrimoniale qui ne nomme pas de domiciliataire du tout se verrait exposée aux sanctions civiles de l'article 30, alors que la fondation patrimoniale qui en nomme un, mais où le domiciliataire ne se conforme pas aux exigences de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés encourrait les sanctions pénales de l'article 31. Enfin, le paragraphe 4 de l'article 31 n'est pas cohérent avec le paragraphe 2 de l'article 27, ce dernier comportant une sanction civile, le premier une sanction pénale.

Quant à l'article 31, il est largement inspiré de la loi sur les domiciliations. Il convient cependant de préciser, aux paragraphes 2, 3 et 4 qui sont les personnes visées („ceux qui/celui qui“). Dans le cadre du paragraphe 4 se pose d'ailleurs la question qui payerait cette amende alors que la fondation concernée risque d'être liquidée.

*Article 28*

Sans observation.

*Articles 29 et 30*

Les articles 29 et 30 traitent de la dissolution et de la liquidation de la fondation patrimoniale.

Tout d'abord, il convient d'écrire à l'article 29, paragraphe 1er „sauf stipulation“ au singulier.

On note d'ailleurs que l'article 29, paragraphe 1er ne reprend pas les trois hypothèses prévues à l'article 24, alinéa 2, pour permettre une dissolution anticipée de la fondation patrimoniale. S'agit-il d'un oubli en ce qui concerne respectivement la réalisation du/des but(s) de la fondation patrimoniale ou la transmission de l'ensemble du patrimoine à un ou plusieurs bénéficiaires?

*Titre VII (Chapitre 7 selon le Conseil d'Etat)**Article 32*

L'article 32 traite des droits d'enregistrement en rapport avec les transferts de biens dans la fondation et les transmissions de biens par la fondation aux bénéficiaires. Le transfert de biens par les fondateurs à la fondation est soumis au seul droit fixe d'enregistrement. Le transfert de biens par la fondation à un bénéficiaire du vivant du fondateur est enregistré suivant les règles ordinaires applicables aux donateurs, comme si la donation avait été faite en direct par le fondateur aux bénéficiaires. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'application de ces principes dans l'hypothèse où le fondateur est une „entité patrimoniale“ au sens de l'article 1er, telle une société civile ou commerciale, une société de gestion de patrimoine familial au sens de la loi modifiée du 11 mai 2007, une autre fondation, ou une structure faisant intervenir un contrat fiduciaire ou un trust. Les auteurs de la loi en projet semblent admettre que, dans une telle hypothèse, un droit d'enregistrement n'est pas perçu tant que l'entité patrimoniale reste en vie, quelle que soit par ailleurs la situation au niveau des personnes physiques ayant créé l'entité patrimoniale concernée. Une telle interprétation serait de nature à limiter le champ d'application de la disposition spécifique visant la perception de droits d'enregistrement le jour du décès du fondateur.

Au jour du décès du fondateur, les droits d'enregistrement opèrent une distinction suivant que le fondateur habite au Grand-Duché ou à l'étranger au moment du décès. Pour les besoins de cette disposition, la notion d'„habitant“ vise toute personne qui a établi son domicile ou le siège de sa fortune au Luxembourg (article 1er de la loi modifiée du 27 décembre 1817 sur les droits de succession). En ce qui concerne un fondateur résident au moment de son décès, le projet de loi dispose que les droits de succession sur les biens transmis entre conjoints sans enfants sont perçus au taux de 0%, alors qu'en droit commun les successions entre époux mariés ou liés par un partenariat, sans enfant commun, sont imposées au taux de 5% majoré par les dixièmes additionnels en fonction du montant de la succession. Il se pose le cas échéant un problème d'égalité devant la loi au sens de l'article 10bis de la Constitution.

Sur le plan rédactionnel et par analogie au Code civil, le Conseil d'Etat demande de remplacer la notion „bru“ par celle de „belle-fille“.

Le Conseil d'Etat note que les droits de donation sont également perçus lors de l'émission de certificats portant sur un ou plusieurs immeubles situés au Luxembourg. D'après les auteurs, la certification permet de garder le contrôle juridique d'un actif dans la fondation patrimoniale tout en donnant certains droits économiques sur cet actif au titulaire des certificats. Cette disposition constitue une entorse au principe suivant lequel „la loi fiscale fixe le tarif et règle la base de perception tandis que l'exigibilité de l'impôt est déterminée par le droit civil“<sup>4</sup>. D'après le commentaire des articles, l'introduction d'un tel droit d'enregistrement *sui generis* est nécessaire dans la mesure où une application des droits de succession n'est pas possible en raison de l'existence de la fondation patrimoniale en tant que personne morale distincte du fondateur.

Aux termes du paragraphe 4, le droit proportionnel d'enregistrement serait également perçu au taux de 40% au jour du décès du fondateur habitant au Grand-Duché dans l'hypothèse où certains actifs de la fondation patrimoniale sont définitivement et irrévocablement affectés à un établissement d'utilité publique ou à une association sans but lucratif reconnue d'intérêt général. Le Conseil d'Etat se demande si ce traitement correspond à l'intention des auteurs, alors que l'article 23 de la loi modifiée du 7 août

<sup>4</sup> Debès, *Nouveaux principes des droits d'enregistrement*, édition 1946, n° 10, alinéa 4, cité au volume 5 du Code fiscal, titre 1er, chapitre 1, page 1.

1920 portant majoration des droits d'enregistrement, de timbre, de succession, etc. prévoit que les donations faites entre autres à des établissements publics et associations sans but lucratif sont grevées d'un droit perçu au taux de 4%.

Le paragraphe 11 dispose que les documents comptables visés à l'article 26 sont accessibles à l'Administration de l'enregistrement et des domaines au siège de la fondation patrimoniale. Le Conseil d'Etat propose de biffer cette disposition alors que l'administration dispose naturellement de tous les pouvoirs d'investigation et notamment du droit de demander la production de tous les documents utiles, et que la fondation est également soumise à toutes les obligations de coopération avec l'administration, suivant les règles de procédure gouvernant la perception des droits d'enregistrement.

Le Conseil d'Etat observe encore que l'intitulé de la loi modifiée du 27 décembre 1817 s'énonce „loi modifiée du 27 décembre 1817 pour la perception du Droit de Succession“.

Sur le plan formel, il est répété que le renvoi aux paragraphes se fait sans l'utilisation de parenthèses et le renvoi à l'article 1 doit s'écrire „article 1er“. Le symbole „%“ est à écrire en toutes lettres. L'ensemble de l'article sous examen est à revoir.

A la deuxième phrase du paragraphe 4, il convient de lire „loi précitée du 27 décembre 1817“ ou de reprendre l'intitulé complet. La même observation vaut pour les paragraphes 5 et 8.

Concernant l'énumération au sein de la deuxième phrase du paragraphe 4, il y a lieu de remplacer les chiffres placés entre parenthèses par une séquence alphabétique a), b), c). Cette dernière observation vaut également pour la troisième phrase du paragraphe 5.

Au paragraphe 7, il échet d'écrire „Administration de l'enregistrement et des domaines“. La même observation vaut pour le paragraphe 11.

Au paragraphe 8, il convient d'utiliser l'intitulé officiel de la loi du 23 décembre 1913 pour écrire „loi modifiée du 23 décembre 1913 concernant la révision de la législation qui régit les impôts dont le recouvrement est attribué à l'administration de l'enregistrement et des domaines“.

Concernant la loi du 22 frimaire an VII, il y a lieu d'ajouter l'intitulé pour écrire „loi modifiée du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798) sur l'enregistrement“.

### *Article 33*

Les articles 33 et 34 réglementent le traitement de la fondation par rapport à l'impôt sur le revenu.

L'article 33 précise le traitement des revenus générés par la fondation à l'égard de l'impôt sur le revenu. Aux termes de cette disposition, certains revenus „ne constituent pas des revenus imposables“. Suivant l'article 159 LIR, paragraphe 2, „l'impôt sur le revenu des collectivités porte sur l'ensemble des revenus du contribuable“. La qualification de certains revenus comme „non imposables“ créerait donc une entorse au principe général mentionné à l'article 159 LIR prémentionné. Mais peut-être les auteurs du projet de loi n'avaient pas cette intention. Le commentaire des articles explique en effet que ces revenus sont „exonérés“. Il existe pourtant une différence conceptuelle entre ces deux termes: un revenu non imposable reste hors champ d'application de l'impôt sur le revenu, tandis qu'un revenu exonéré relève d'abord de l'assiette de l'impôt pour être ensuite retranché du revenu imposable. Cette différence n'est pas seulement sémantique, elle a également d'autres implications pratiques au niveau de l'application du droit fiscal.

Le paragraphe 1er de l'article sous avis comporte une disposition spécifique au sujet des revenus attachés à des biens de l'actif grevés de certificats au sens de l'article 12, paragraphe 1er de la loi en projet. Aux termes de l'article 33, paragraphe 1er, l'article 108*bis* LIR est applicable „dans la mesure où les revenus de la fondation sont attribués aux détenteurs de certificats“. Cette disposition soulève une série de problèmes d'interprétation:

- L'article 108*bis* LIR relatif au démembrement de propriété dispose que le nu-propriétaire est réputé acquérir les revenus d'un bien et les céder à l'usufruitier. Le droit fiscal comporte une définition spécifique de l'usufruit, qui peut d'ailleurs s'écarter des concepts du droit civil<sup>5</sup>. Comment les concepts très spécifiques de l'article 108*bis* LIR peuvent-ils être appliqués d'une façon générale aux revenus de la fondation attribués aux détenteurs de certificats?
- L'article 12 reconnaît à la fondation le droit de définir les droits attachés à des certificats nominatifs sans que la loi fixe de restrictions à cette liberté. Quelles sont les implications d'une disposition

<sup>5</sup> Voir notamment les jugements de la Cour administrative dans les affaires 11565C et 11566 datés du 23 mars 2000.

légale rendant applicables les règles d'imposition de l'article 108*bis* LIR à un instrument juridique dont les modalités sont déterminées librement par les contribuables, sans que la loi fixe au départ de limites à l'imagination des parties concernées?

- Dans le cadre de l'article 108*bis* LIR, l'usufruitier est imposé sur des revenus qui sont mis à sa disposition au cours de la même année d'imposition au cours de laquelle le nu-proprétaire est réputé toucher ces revenus. Tel n'est pas nécessairement le cas pour les certificats émis par la fondation, qui peuvent prévoir un décalage dans le temps entre l'année où la fondation reçoit un revenu et l'année où le revenu est mis à disposition du bénéficiaire du certificat. Rien n'empêche une fondation d'émettre un certificat au profit d'une personne sans que cette personne soit même informée de l'existence du certificat: dans ce cas, le bénéficiaire du certificat serait redevable d'un impôt alors qu'il n'aurait pas touché le revenu, et qu'il ignorerait même l'existence de ce revenu. Un certificat peut également être émis au profit d'une personne, telle un enfant mineur, n'assumant pas elle-même les charges fiscales relatives à ses revenus. Il est difficile de prévoir l'impact pratique de cette disposition face à des situations familiales complexes.
- Comme les certificats peuvent être dotés de droits spécifiques, il convient d'analyser cet instrument juridique par rapport au concept de propriété économique au sens de l'article 11 de la loi d'adaptation fiscale. La propriété fiscale d'un bien régi par un tel certificat est-elle déterminée par l'article 11 précité, ou l'article sous examen prévaut-il en tant que règle spéciale?

Le paragraphe 3 est difficile à interpréter dans la formulation proposée. Cette disposition se réfère à l'exemption prévue au paragraphe 1er, alors que, précisément, cette disposition ne comporte pas d'exemption (voir ci-avant). A supposer que le paragraphe 1er vise à exonérer certains revenus, alors cette disposition introduit une exception à l'exonération, et soumet donc ces revenus à une imposition effective. Reste à savoir si l'imposition est limitée à la retenue à la source, ou si, au contraire, ces revenus sont intégrés à l'assiette imposable à l'impôt sur le revenu des collectivités. L'intention des auteurs du projet de loi, telle qu'affichée au commentaire des articles, se limite à garantir que les retenues à la source perçues sur les revenus de la fondation ne sont pas remboursés et restent donc acquises au trésor. La disposition en cause est reprise textuellement de l'article 161, paragraphe 2 LIR. Malheureusement, le contexte des deux dispositions légales n'est pas comparable: l'article 161 LIR introduit une exemption subjective en faveur de certaines collectivités, alors que l'article 33 sous avis se limite soit à déclarer non imposables certains revenus, soit à accorder une exonération objective en faveur de certains revenus. L'article 161 LIR est à rapprocher de l'article 160 LIR, qui précisément rend ces collectivités passibles de la retenue d'impôt à la source. En copiant un passage de texte retiré d'un contexte très spécifique et en l'insérant dans un contexte différent, les auteurs de la loi en projet aboutissent en effet à un résultat qui ne semble pas correspondre à leurs intentions. De l'avis du Conseil d'Etat, la formulation du paragraphe 3 limite la portée du paragraphe 1er, et a donc comme résultat que les revenus indigènes soumis à une retenue à la source sont soumis à l'impôt sur le revenu suivant les règles de droit commun.

Si les auteurs de la disposition sous avis entendent maintenir l'exonération desdits revenus, alors il conviendrait de reformuler le texte en conséquence. Dans cette hypothèse, il conviendrait aussi de clarifier l'interaction entre l'article 33 sous avis et le régime d'imputation des retenues à la source inscrit aux articles 134 et 134*bis* LIR. Si, par contre, les auteurs souhaitent aligner les paragraphes 1 et 3 de l'article 33, le Conseil d'Etat propose que:

- soit les auteurs qualifient les revenus de non imposables, et dans ce cas, il conviendrait de reformuler le paragraphe 3 en supprimant le bout de phrase „l'exemption prévue à“,
- soit les auteurs qualifient les revenus d'exonérés, et dans ce cas le premier paragraphe devrait commencer par „Ne constituent pas des revenus exonérés“.

Quant à la forme, au paragraphe 1er de l'article sous avis, le chiffre „6“ doit s'écrire en toutes lettres.

#### *Article 34*

Le point 1 de l'article 34 qualifie de „revenus divers“, au sens de l'article 99 LIR, „les versements effectués et les avantages en nature conférés par une fondation patrimoniale à ses bénéficiaires, à son fondateur, ou à ses ayants droit“. A ce sujet, il convient d'abord de rappeler une évidence, à savoir que l'impôt sur le revenu repose sur une définition de la notion de revenu: ne sont soumis à l'impôt sur le revenu que les revenus relevant d'une des huit catégories de revenus définis à l'article 10 LIR. En principe, les valeurs et biens reçus au titre de libéralité, de don ou de succession ne qualifient de revenu

imposable sous aucune de ces huit catégories, et ne sont donc pas soumis à l'impôt sur le revenu. Le Conseil d'Etat conclut que la disposition proposée comporte un élargissement de la notion de revenu imposable. Aux termes de la disposition inscrite au paragraphe 1er, le montant intégral des versements effectués par une fondation acquiert la qualification de revenus divers. Les versements effectués par une fondation sont alimentés par les apports faits par les fondateurs, les revenus courants générés par les actifs de la fondation et les plus-values, réalisées ou non réalisées, sur les actifs transférés aux bénéficiaires. Le Conseil d'Etat se demande si l'intention des auteurs de la loi en projet est vraiment de soumettre à l'impôt sur le revenu l'intégralité des versements effectués par une fondation. A titre d'exemple, il semblerait anormal que les fonds apportés par un fondateur soient soumis à l'impôt sur le revenu au moment où ces fonds sont versés par la fondation au fondateur lui-même, à son conjoint, ou à ses descendants. Si l'intention des auteurs est d'assurer une „neutralité fiscale“ aux biens apportés par le fondateur et transférés à des bénéficiaires par la fondation, il conviendrait de limiter l'assujettissement à l'impôt sur le revenu aux versements faits par la fondation et alimentés par les produits générés pendant la durée de détention par la fondation patrimoniale. Dans cette hypothèse, il conviendrait de compléter le paragraphe 1er par une disposition en ce sens. Une telle disposition pourrait utilement s'inspirer de l'article 97 LIR qui établit également une distinction entre les revenus de capitaux mobiliers et les allocations qui sont la contrepartie d'une réduction de capital d'un organisme à caractère collectif.

Le point 2 définit des règles spécifiques de détermination de la date d'acquisition et du prix d'acquisition d'un bien cédé par une fondation patrimoniale à une personne physique remplissant certaines conditions. Le commentaire des articles ajoute que cette règle met en œuvre le principe de la „neutralité fiscale“. Et il explique que la fondation devrait se trouver du point de vue fiscal „dans la même situation comme si le bien transmis n'[avait] jamais été apporté à la fondation patrimoniale et que le fondateur le lui avait cédé à titre gratuit“. Cette disposition est le corollaire du paragraphe 2 de l'article 33 qui prévoit une cession des biens par la fondation patrimoniale à leur valeur comptable.

Le point 3 introduit une nouvelle règle d'évaluation, applicable dans un cadre très général, indépendamment de toute transaction impliquant une fondation patrimoniale, lorsqu'une personne physique non résidente devient résidente au Luxembourg. A ce sujet, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations générales faites dans la première partie de cet avis.

Le point 4 assimile toute dotation à une fondation patrimoniale à une cession à titre onéreux impliquant la découverte des plus-values latentes. Le Conseil d'Etat observe que cette disposition est contraire au principe de la neutralité fiscale. Il relève également que ce choix diverge de l'approche proposée en matière de droits d'enregistrement, où l'apport à la fondation est imposé au seul droit fixe. Les dispositions des articles 33 et 34 conduisent dans certaines situations à des traitements fiscaux surprenants, incompatibles avec l'ambition des auteurs de créer un cadre fiscal neutre, ainsi qu'il résulte des deux exemples suivants:

#### Exemple A:

Prenons une famille composée d'un couple marié, A et B, ayant un enfant adulte C. A et B sont propriétaires d'une maison, qu'ils habitent eux-mêmes, d'un appartement habité par l'enfant C sans paiement de loyer et d'un appartement donné en location à des tiers. Les parents décident d'apporter ces trois immeubles à une fondation en désignant C comme bénéficiaire et en précisant que la fondation est appelée à gérer ces trois immeubles et à les transférer à C au moment du décès des parents. Suivant le principe de neutralité fiscale, l'interposition de la fondation devrait aboutir à un traitement fiscal comparable à l'impôt sur le revenu perçu dans les mêmes hypothèses si les parents avaient organisé une transmission de leur patrimoine en direct à leur enfant, sans interposer une fondation. En fait, la loi en projet aboutit à des conséquences surprenantes:

1. Au moment de l'apport, les plus-values latentes sont découvertes sur les immeubles apportés dans le chef des parents. Les plus-values sont imposées sur l'appartement habité par l'enfant C et l'appartement loué à un tiers. Les plus-values sur la maison habitée par les parents ne sont pas imposables aux termes de l'article 99<sup>ter</sup> paragraphe 6 LIR.

Au moment de la cession des trois immeubles par la fondation à son bénéficiaire, C devient propriétaire des trois immeubles avec un prix d'acquisition fiscal et une date d'acquisition fiscale correspondant à la valeur de l'apport au moment de l'apport par A et B à la fondation. Les plus-values non réalisées deviennent imposables au moment de celui-ci.

Ce traitement fiscal s'écartera notablement du régime d'imposition des plus-values qui serait applicable en l'absence de la fondation patrimoniale.

2. Pendant la durée de détention des trois logements par la fondation, celle-ci est imposable sur le loyer reçu. Dans la mesure où A et B, les fondateurs, et C ne paient pas de loyer, il convient d'inclure dans le revenu imposable un loyer théorique conforme au prix du marché. Il est à noter que A et B ne sont pas imposés sur un loyer conforme au prix du marché s'ils habitent eux-mêmes un logement et mettent un autre à la disposition gratuite de C. Sur ce point, l'interposition de la fondation génère une charge fiscale significative, qui est loin d'une neutralité fiscale.

Exemple B:

Une personne physique résidente apporte un portefeuille de valeurs mobilières à une fondation en disposant dans l'acte de constitution que le fondateur sera bénéficiaire des revenus de capitaux pendant sa durée de vie.

Si la personne physique détient un compte auprès d'une banque établie au Luxembourg, les intérêts sont soumis à une retenue libératoire au taux de 10% inscrite dans loi modifiée du 23 décembre 2005 portant introduction de cette retenue libératoire. Les dividendes sont imposés au taux normal sous réserve de l'exonération de 50% inscrite à l'article 115, paragraphe 15a LIR. La personne physique bénéficie de retenues à la source réduites sur les revenus de capitaux d'origine étrangère, conformément aux conventions fiscales applicables, et les retenues restantes sont imputables sur l'impôt sur le revenu.

Si la fondation touche les mêmes revenus, les intérêts et les dividendes ne sont pas imposables au niveau de la fondation en vertu de l'article 33. La retenue à la source libératoire n'est pas perçue sur les intérêts, vu que la fondation est bénéficiaire des revenus et que la fondation n'est pas une personne physique. Les retenues à la source perçues sur les intérêts et dividende d'origine étrangère risquent de ne pas bénéficier des retenues à la source réduites inscrites dans les différentes conventions fiscales: l'application des conventions préventives de la double imposition est en effet incertaine au vu du fait que lesdits revenus ne sont pas imposables au Luxembourg. Lorsque la fondation verse au fondateur-bénéficiaire le produit correspondant aux intérêts et aux dividendes perçus après déduction des frais encourus, ces versements sont qualifiés de revenus divers au sens de l'article 99 LIR et ne sont pas soumis à une retenue à la source. En contrepartie, ces revenus divers sont imposables au taux plein dans le chef du fondateur-bénéficiaire, sous réserve de l'exonération de 50% des revenus. En conclusion l'interposition de la fondation patrimoniale augmente de façon très significative les charges fiscales grevant le revenu de capitaux dans les hypothèses de cet exemple.

La situation devient encore plus complexe dans l'hypothèse où le fondateur et/ou le bénéficiaire habitent dans un autre Etat, que la fondation détient des actifs, tels des immeubles, soumis au droit fiscal d'un autre Etat, ou que le fondateur ou le bénéficiaire changent de domicile fiscal. Il existe également des fondations patrimoniales à l'étranger qui appliquent un modèle de gestion de leurs actifs plus complexe, comportant la création d'un établissement stable dans un autre Etat, ou la création de sociétés filiales, soit au Luxembourg, soit dans un autre Etat, ou le recours à des instruments financiers bénéficiant d'une fiscalité privilégiée, telle l'assurance-vie.

Si l'intention des auteurs est d'assurer la neutralité fiscale de la fondation patrimoniale, le Conseil d'Etat est obligé de conclure que ce résultat n'est pas atteint pour les contribuables résidents dans les hypothèses des exemples ci-avant. En ce qui concerne les contribuables non résidents, le traitement fiscal sera largement influencé par le droit fiscal applicable dans l'Etat de résidence du contribuable.

*Articles 35 et 36*

Sans observation.

*Titre VIII (Chapitre 8 selon le Conseil d'Etat)*

*Article 37*

Quant à la référence au Mémorial C au paragraphe 4, le Conseil d'Etat renvoie à son observation sous l'article 9.

Quant à la légistique formelle, le Conseil d'Etat rappelle que le renvoi aux paragraphes se fait sans l'utilisation de parenthèses. Le renvoi au premier paragraphe d'un article s'opère en écrivant „paragraphe 1er“. L'ensemble de l'article sous avis est à revoir.

*Article 38*

L'article est à rédiger sans utiliser le verbe „pouvoir“ pour écrire: „La référence à la présente loi se fait sous la forme suivante: „loi du ... relative à la fondation patrimoniale“.“

Ainsi délibéré en séance plénière, le 29 avril 2014.

*Pour le Secrétaire général,*

*Le Secrétaire,*  
Gilles HAUBEN

*Le Président,*  
Victor GILLEN

